völlige Gleichstellung der filii familias mit den Sklaven ausgesprochen, was um so erheblicher ist, da diese Stellen nicht aus Gajus wörtlich übergeschrieben, sondern neu redigirt sind.

Vergl. Gaji institut. lib. 4. §. 69. 70.

Es scheint mir indessen, daß es in dem hier vorliegenden Falle, wo ein Haussohn mit Genehmigung seines Vaters, welche nach l. 1. §. l. D. quod iussu dem iussus gleichsteht, sich auf 4 Jahre als Lehrling verdungen, und vor Ablauf der Lehrzeit wider Willen seines Lehrherrn mit Wissen seines die Ausrüstung zur Reise ihm beschaffenden Vaters nach Amerika davon gegangen ist, auf diese Streitfrage nicht ankommt. Wenn ich nämlich die Sache richtig auffasse, so hat der von Müller aufgestellte Satz, daß die actio quod iussu nicht stattfinde, wenn der Sohn in seinen eigenen Angelegenheiten contrahirt habe, obgleich derselbe allgemein lautet, doch eigentlich nur den Sinn, sie finde nicht statt, wenn der Sohn Rechtsgeschäfte in Beziehung auf sein peculium adventitium abgeschlossen habe, indem Müller dies p. 159 als das Endresultat seiner Ausführungen bezeichnet. Dieser letztere Fall ist nun aber hier gar nicht vorhanden, da der Lehrcontract das peculium adventitium überall nicht betrifft, und der Sohn des Beklagten ein solches auch nicht besitzt. Vielmehr ist ein Lehrcontract, den ein minderjähriger Sohn abschließt, insoweit als eigene Angelegenheit des Vaters anzusehen, als dem Vater persönlich die Erziehung des Sohnes obliegt, wozu dessen Ausbildung zu seinem künftigen Berufe gehört, wie denn auch dergleichen Contracte regelmäßig vom Vater in seinem eigenen Namen abgeschlossen werden.

V.

Ueber den Einfluß der Klagebegründungsart auf die Gestaltung des Civilprozesses.

Von

Herrn Dr. C. Brackenhoeft,

außerordentl. Professor in Heidelberg.

Bevorwortung.

Während der Zeit, die seit dem Abdrucke der ersten Stücke dieser Erörterung (in dies. Arch. Bd. XXXV. S. 30 ff. S. 159 ff.)

verflossen ist, sind einzelne Aeußerungen über die Urtheilswirkung zur Erscheinung gekommen, die diese Bevorwortung veranlassen. Die Factoren eines Prozeßresultats sind der Richter und die Partheien. Der Richter ist ein Mittel der Partheien, an die Stelle ihres Streites Gewißheit zu setzen. Er ist es aber nur als Träger der Rechtspflege, deren Organisation einen mehrmaligen Richterspruch über dasselbe Rechtsverhältniß nur insofern gestattet, als er einer Parthei eine Leistung auferlegt, nicht aber insofern, als der Inhalt des Richterspruches einen berichtigten Rechtszustand der Partheien herstellt. Unvermischt äußert diese Kraft des Inhalts sich, wo er Gestaltung des subjectiven Rechtszustandes der Person, oder des Status, ist; und der Zustand der Gewißheit mit dem Anerkanntsein der Gestaltung selber zusammenfällt, weil eine Person rechtlich nur dadurch ist, daß sie anerkannt ist[1]. Mehrheit der Richtersprüche über denselben Status findet sich schlechthin untersagt[2]. Vermischt äußert die Kraft des Inhalts sich, wo er den Rechtszustand der Gewißheit in Ansehung eines mit einem Gegenstande bekleideten Rechtsverhältnisses herstellt. Hier steht einem mehrmaligen Richterspruche über dasselbe Rechtsverhältniß nichts entgegen, sobald jener Rechtszustand der Gewißheit in seiner Gestaltung dadurch nicht mittelst eines Widerspruches angegriffen wird, sondern nur die der Partheienwillkühr unterworfenen Folgen des Daseins desselben mit Einwilligung der Partheien dadurch verändert werden. Zum Schutze dieser Folgen ist den Partheien die actio judicati und die exceptio rei judicatae gegeben. Die letztere dient zur Verhinderung eines neuen Rechtsstreits, der jene Folgen vereiteln könnte. Wird von ihr kein Gebrauch gemacht, so kann immerhin ein neues Urtheil mit der Kraft einer Absolution oder Condemnation erfolgen, aber es bleibt die einmal hergestellte Gestaltung der Gewißheit des Rechtsverhältnisses unverändert, und in Ansehung ihrer ist der wiederholte Spruch, sofern er mit ihr übereinstimmend ist, als bloße Wiederholung ohne selbstständige Rechtskraft, sofern er aber widersprechend ist, nichtig[3]. Wird von ihr ohne Erfolg

---

1) M. Identität u. s. w. S. 402. ff.

2) Ebd. S. 365. Not. 10. S. 413. Not. 33.

3) M. Erörter. z. Linde's Lehrb. S. 96.

Gebrauch gemacht, so steht eine mit ihr im Widerstreite stehende Absolution einer Vollziehung des frühern Urtheils nicht entgegen, und eine ihr widerstreitende Condemnation wird auf Verlangen rescindirt [4]). Jene der Partheienwillkühr entzogene Richtigkeit eines widersprechenden Richterspruches, wird anderen Acten, die dem Urtheile an Wirksamkeit parallel gestellt werden, der confessio in jure und dem jusjurandum, nicht als Folge beigelegt [5]). Sie bleiben also in einem neuen Rechtsstreite ohne Einfluß, wenn keine der Partheien sich auf sie beruft. Das Berufen einer Parthei auf das Dasein einer Gewißheit hat die Wirkung, den neuen Rechtsstreit über die Gestaltung, welche sie vergewissert, zu verhindern. Die positive Function der res judicata äußert sich in diesem Gebrauche der exceptio rei judicatae in negativer Weise. Ihr Dasein hindert den Rechtsstreit und ihre Gestaltung, nämlich der Inhalt des Urtheils, ist das Zeichen des Umfanges dieser Verrichtung. Wenn aber ein Kläger sich auf das Dasein eines Urtheils beruft, um dessen Inhalt zur Grundlage einer Klagenstellung zu benutzen, und damit von dem bevorstehenden Rechtsstreite dasjenige Stück abzuschneiden, welches durch jenen Inhalt bereits entschieden ist, so kommt in der negativen Verrichtung der ecceptio rei judicatae, die hier in der Gestalt eines Präjudicium auftritt, jene positive Function der res judicata zur Erscheinung. Daß bei dieser Mischung die Eintheilung in eine negative und positive Function nicht passend sei, ist schon früher bemerkt [6]).

---

4) Ebend. S. 96. Not. 23. a.

5) Sie haben mit der res judicata so viel gemein, daß in Ansehung dessen, was von ihnen ergriffen ist, das „nihil quaeritur" gilt: L. 56. D. de re jud. 42. 1. Ihre streitverhindernde Wirkung ist die der Litiscontestation und der der Zahlung gleich: m. Identität u. s. w. S. 112. ff. Not. 18; während die res judicata die den Widerspruch verhindernde Verrichtung mit der streitverhindernden verbindet: L. 6. de except. r. j. 44. 2. ne aliter modus litium multiplicatus ... faciat difficultatem: maxime si diversa pronunciarentur.

6) M. Identität u. s. w. S. 182. Not. 2. Das Bestreiten der negativen Function bei v. Vangerow: Lehrb. d. P. §. 173. Anm. III. beruht auf einem andern Grunde, der nur einen Theil derselben trifft, nämlich darauf, daß im neuern röm. R. die dilatorischen Exceptionen nicht mehr peremptorisch wirken, und daher das Dasein eines Urtheils, dessen Inhalt

Allein neuerdings ist die Verschiedengestaltigkeit der Funktion selber bestritten [7]), und es übersehen worden, daß die positive Function der res judicata, eine Gewißheit herzustellen, zugleich die Kraft in sich trägt, den Spruch, welcher ihrer Gestaltung widerstreitet, zu vernichten, und daß die Bedeutung eines Präjudicium gerade darin besteht, diese Kraft in Thätigkeit zu setzen [8]). Letzteres Uebersehen hat die Folge gehabt, die Wirkung des Präjudicium als die eines Beweises aufzufassen [9]), und eine Wiederholung dieser Auffassung hat ein Argument dafür darin gefunden, daß die Wirksamkeit eines jusjurandum mit der eines Beweises in Parallele gestellt wird [10]); eine Parallele, die nach dem Gesagten auf die res judicata oder das praejudicium keineswegs übertragen werden kann [11]). Dennoch aber hat der Urheber dieser Argumentation die positive Funktion der exceptio rei judicatae gegen jenes Bestreiten zu vertheidigen unternommen [12]). Das Mittel des Bestreitens besteht darin, die Regel: bis de eadem re ne sit actio, an die Spitze der Wirkung der res judicata zu stellen [13]). Dieses Mittel stellt sich nun zwar sofort als verfehlt dadurch

---

überall keine Entscheidung über ein Rechtsverhältniß ausdrückt, die negative Funktion nicht mehr üben kann.

7) Bekker: d. prozessual. Consumt. S. 6. ff.

8) Denn das Präjudicium ist entweder Verfahren zur Herstellung einer Entscheidung, oder eine Entscheidung. Jedes Zeugniß, das vom Präjudicium redet, spricht das aus: m. Identität S. 362 ff.

9) Ob. §. 26. nat. 1. Die Bedenken gegen das Präjudicium, welche Pfeiffer: Arch. f. civ. P. XXXVII. S. 95. ff 244. ffl. 251; daher entnimmt, daß die res judicata einen selbstständigen Grund für die Entstehung klagbarer Rechte nicht bilden könne, und zu deren Geltendmachung regelmäßig nur eine Einrede gegeben sei, erledigen sich dadurch, daß es sich hier rechtlich nur um Gewißheit eines anderweitig entstandenen Rechts handelt, und Einreden auch als anticipirte Repliken geltend gemacht werden können; die besonderen S. 246. geltend gemachten Bedenken aber betreffen bloß eine Beschränkung der alten negativen Function der exceptio rei judicatae, deren oben Not. 6. gedacht worden.

10) Windscheid: d. actio des röm. Civilr. S. 110. ff.

11) Daß das jusjurandum hauptsächlich im prozessualischen Sinne mit der res judicata verglichen werde: Kuntze: die Obligation u. s. w. S. 212; stellt sich nach dem Gesagten als unrichtig heraus.

12) Windscheid a. a. O. S. 104.

13) Bekker a. a. O. Der Gehalt der Ausführungen von Bekker

heraus, daß diese Regel eine reine Willkühr sein würde, wenn sie nicht aus der positiven Function der res judicata, die Gewißheit herzustellen, entspränge. Es zeigen aber diese Erscheinungen wie nothwendig es ist, jene verschiedenen Factoren des Urtheils und der durch sie hervorgerufenen Kräfte zu unterscheiden. Man muß es ins Auge fassen, wie verschieden die Zustände sind, welche der eine oder der andere Factor ins Dasein ruft, wie sie sich vereinen, und sich wiederum spalten. Hieran kann sich nun die Fortsetzung der frühern Ausführung schließen.

§. 27.

Daß im Falle des rechtsbeständigen Daseins eines Prozesses die Gewißheit des aus ihm hervorgegangenen Resultats von der Unterwerfung der Partheien unter dasselbe unabhängig ist, folgt daraus, daß das Wesen eines Rechtsstreites darin besteht, daß er ein Mittel ist, die Gewißheit herzustellen. Aber der Prozeß selber, der prozessualische Verkehr, kann einzig und allein durch eine vertragsartige Autonomie der Partheien eine rechtliche Grundlage empfangen, wenn ein Richterspruch ungeachtet seiner Ungerechtigkeit bindend sein soll. Denn wenn auch die Rechtsnorm den Richter bei seinem Ausspruche geleitet hat, so ist doch im Falle der Ungerechtigkeit desselben ihre Verwirklichung nicht erreicht, und sie darf im Prozesse nur die Bedeutung einer Norm für die beurtheilende Thätigkeit, nicht aber die Bedeutung einer Norm der Verwirklichung der Gewißheit erlangen, wenn diese letztere erreichbar bleiben soll. Daher mußte, als die Organisation der Verkehrsgenossenschaft den außerprozessualischen Rechtsverkehr unter die Herrschaft aneignender Normen gestellt hatte[14]), für den prozessualischen Verkehr jene Autonomie Bedürfniß bleiben, um einen Zustand der rechtlichen Bestrittenheit

---

zeigt sich genügend in seinen eigenen Worten über den Kern der Materie, dahin: „ich vermag in ihnen (den Worten der L. 6. D. cit.; oben Not. 5.) nichts zu erkennen als eine Paraphrase der Regel „„bis de eadem re ne sit actio"" (S. 14.); „dennoch (obgleich nur die Mehrheit der Erkenntnisse gefährlich erscheint) verbietet die Rechtsregel... nicht mehre Erkenntnisse, sondern mehre Klagen de eadem re" (S. 117).

14) Als das nexum durch andere Geschäfte verdrängt war, und nur

herzustellen, der vermöge seiner Natur[15]) zur rechtlichen Gewißheit führen konnte. Das Mittel dazu ist die Litiscontestation. Sie mußte aber jetzt den Charakter einer autonomischen Disposition über einen Rechtsstoff ablegen und sich in eine autonomische Disposition über die Wirksamkeit eines Rechts des einen Theils verwandeln, dessen Unwirksamkeit der andere Theil sich aneignete. Diese Disposition kann aber nur von solchen Urhebern wirksam getroffen werden, denen die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Rechts ein Mittel für Zwecke sein kann, zu deren Erstrebung sie berechtigt sind. Fehlt in Ansehung des Stoffes des Rechts eine allgemeine Verkehrsgenossenschaft, so bedarf es einer besondern Berechtigung zu dieser Erstrebung. Sie bildet den Stoff der s. g. legitimatio ad causam, welche die Vergewisserung zu vermitteln bestimmt ist, daß das in Frage stehende Verhältniß sich nicht bei einer andern Person befindet[16]). Wo jene Disposition wirksam ist, ohne daß sich ihr Stoff von dem Streitstoffe unterscheiden läßt, und ohne daß eine den Partheien gemeine Verkehrsgenossenschaft in Ansehung des Rechtsstoffes besteht, da muß während der Dauer des Rechtsstreites die Existenz des Rechtsgegenstandes selber der Verwirklichung entbehren[17]), und das Resultat des Prozesses kann entweder nur die Verwirklichung eines Zustandes, oder die Verwirklichung eines Aequivalents für einen durch den Streit vernichteten Rechtsgegenstand sein. Das Letztere ist der Fall bei persönlichen Klagen. Bei der dinglichen Klage, wo die Verwirklichung eines aneignungsfähigen Rechtsstoffes festgestellt und nur dessen rechtlicher Zustand ungewiß ist, bedarf es zur Herstellung der Gewißheit des Rechts nur einer Vergewisserung seiner grundlegenden Substanz. Bei der persönlichen Klage hat dahingegen die Vernichtung des Gegenstandes des Rechts dessen Substanz unbrauchbar gemacht und nur die Thatsache ihrer Vergewisserung kann als ein Mittel der Ver-

---

noch einzelne Geschäfte von autonomischer Natur sich erhielten: dies. Arch. XXXIII. Nr. XVI. 36 ff.

15) M. Erörter. z. Linde S. 477. 478.

16) Ebendas. S. 328. Not. 21.

17) Mit der Servitut, mit der Obligation, ist auch die Existenz ihres Gegenstandes bestritten.

wirklichung jenes Aequivalents noch eine Bedeutung haben. Denn nur das Dasein eines, nach der prozessualischen Stellung der Partheien von der Begründung des ungewissen Rechts unabhängigen Stoffes kann der vorübergegangenen Thatsache der Begründung, ungeachtet der Ungewißheit der Begründung, eine Fortdauer ihrer Wirksamkeit gewähren, weil dasjenige Ungewisse, was sich nicht als der Zustand eines Gewissen auffassen läßt, gar nicht ist. Der Gegenstand der Obligation, die künftige Handlung eines Verpflichteten, ist aber an und für sich schlechthin ohne Dasein, und nur eine Gestaltung der vorübergegangenen Thatsache der Begründung[18]. Die Bestrittenheit in der angegebenen rechtlichen Bedeutung kann daher bei der dinglichen Klage zwar das Recht selber, bei der persönlichen aber nur die Gewißheit[19] der Substanz des Rechts und der causa, sowie die Klageberechtigung selber[20], welche sie begründen kann, ergreifen. Bei der eigentlichen Eigenthums-Vindication, wo die Gestaltung des Gegenstandes der Aneignung als eines solchen durch die civilis possessio des Beklagten festgestellt ist[21], tritt indeß das Recht und dessen Substanz in ein präjudicielles

18) Die daher beliebig und ohne Beschränkung durch Gränzen der Möglichkeit der Wirksamkeit verwirklicht werden kann (m. Identität S. 175), deren Verwirklichung aber auch eben deshalb nur auf der Fortdauer der verwirklichenden Willensbestimmung beruht. Die Auffassung des Gegenstandes der persönlichen Klage als des Gegenstandes der Obligation ist eine Identificirung des Untergegangenen mit einem Zukünftigen; und muß daher vermittelt werden entweder dadurch, daß man dieses als das Aequivalent von jenem ansieht, oder dadurch, daß man die Verwirklichung als ein Aequipollens der Herstellung der Wirksamkeit betrachtet (vgl. oben §. 3. nach Not. 12). Tritt keine dieser Vermittelungen ein, so ist die Verwirklichung eines Rechtsverhältnisses ausgeschlossen, und es kann sich nur um die Herstellung der Verwirklichung eines Zustandes handeln: oben §. 4. Not. 4. 11. §. 5. a. Anf. §. 6. nach Not. 4. §. 13. nach Not. 4. §. 18. Not. 3. Die Verhaftung, welche der Verwirklichung der Obligation als Mittel dient (oben §. 14. Not. 6), fällt dann mit der Obligation zusammen.

19) Als das Mittel der Herstellung der Wirksamkeit der Grundlage des Rechtsstreites: oben §. 4. nach Not. 17.

20) Oben §. 25. nach Not. 10.

21) Oben §. 26. Not. 7. 8.

Verhältniß hinüber[22]), und läßt nur den Vorzug in Ansehung der Ausschließlichkeit des Angeeignetseins, auf den der Kläger den Anspruch auf Restitution gründet, in dem Hauptstreite zurück, der in dem Gegenstande selber seine Verwirklichung finden soll. Daher ist hier die res, d. h. die res corporalis[23]), eine res litigiosa[24]). Diese Auffassung, welche für eine künstliche Aneignung die Geltung einer physischen Verbindung der Person mit dem Körper in Anspruch nimmt, das Product der Gesammtorganisation auf den Standpunkt des Urzustandes erhebt, und die rechtliche Aneignung ideel in das Gebiet des natürlichen von der Rechtsorganisation unabhängigen Zustandes verlegt[25]), scheint auch im neuern römischen Rechte noch nicht verwischt zu sein[26]). Aus ihr erklärt es sich, daß die rei vindicatio keiner Begründung durch eine causa bedurfte[27]). Sie führt aber das Angeeignetsein zu einer solchen Extremität[28]), daß der richterliche Schutz die Gewährung oder Verwirklichung eines Zustandes mit der Herstellung der Wirksamkeit einer Aneignung in Ansehung desselben Gegenstandes cumulirt[29]). Ebenso gestaltet sich bei der Servituten-Vindication der richterliche Schutz zu einer Gewerung des Zustandes der Servitut[30]). Denn so viel aus den Quellen zu ersehen ist, bedurfte es auch hier keiner Angabe der causa bei der Klagenstellung; und es war hier überdieß das Dasein eines Gegenstandes der Aneignung nicht festgestellt, weßhalb es um so mehr einer Aufstellung der causa bedurft hätte, um ein solches Angeeignetsein zu dessen Grundlage zu machen. Indem aber jede Parthei einen entgegengesetz-

---

22) Oben §. 26. Not. 9.

23) pr. J. de R. D.

24) Nov. 112. c. 1.

25) Vgl. oben §. 7. nach Not. 6. Das römische dominium ist in der That eine Verdoppelung, eine Verschmelzung der Gewerung des alten usus (oben §. 3. Not. 2.) mit der Idee einer natürlichen Aneignung des dominium naturale: m. Auff. in Roßhirt's Zeitschr. f. Civil und Crim. R. IV. S. 75.

26) Vgl. d. Cit. Not. 23. 24.

27) L. 11. §. 2. L. 14. §. 2. de exc. r. j. 44. 2.

28) Oben §. 26. Not. 9.

29) Oben Not. 25.

30) Corpus vindicare und jus (serv.) vindicare, werden in Parallele gestellt in fragm. Vat. §. 92.

ten Zustand in Ansehung desselben Stoffes, deren jeder ein Aequipollens des andern war [31]), für sich in Anspruch nahm: die eine den Zustand der Servitut, die andere den Zustand der Freiheit [32]); war es nothwendig diese Zustände aus der Grundlage der Klage zu entfernen, um diese Grundlage auf ein reines Verhältniß der Aneignung zurückzuführen, einen streitigen Gegenstand zu constituiren und eine veritas inter partes als Erzeugniß des Rechtsstreites zu erlanlangen [33]). Dieser Zweck wäre aber vereitelt worden, wenn man die causa, welche die Entwickelung dieser Zustände begründen sollte, in die Grundlage der Klage aufgenommen hätte, ohne sie auf ihre natürliche Substanz zurückzuführen, welche bei der römischen Klagenstellung nicht dargelegt [34]) wurde.

§. 28.

Obgleich hier, wo ohne Unterstellung einer bestimmten causa geklagt wird, alle möglichen causae ins judicium deducirt sind [35]), so sind sie doch nicht als die Grundlage des Rechts und der Klage aufgestellt, sondern werden zu Voraussetzungen der Gestaltung des angeeigneten Gegenstandes, sofern sie als solche nicht bereits durch die Stellung der Partheien, wie bei der rei vindicatio, beseitigt sind; und sie bleiben jedenfalls immer auf

---

31) Oben §. 12. Not. 9.

32) M. Erörter. z. Linde S. 6 ff.

33) L. 8. §. 4. D. si servit. vind. 8. 5... „per sententiam non debet servitus constitui, sed quae est, declarari". Solche Declarationen oder Pronunciationen finden sich auch bei der rei vindicatio und bei der hereditatis petitio: L. 35. D. de R. V. 6. 1. L. 40. §. 2. D. de procur. 3. 3. L. 6. §. 2. D. de confess. 42. 2. L. 15. D. de except. r. j. 42. 4. Vgl. Wetzel der römische Vindicationsprozeß S. 108. Sie dürften indeß nicht als eigentliche Sentenzen, sondern nur als präjudicielle (oben §. 26. Not. 1. 5.) Interlocutionen ertheilt sein, da die eigentliche Sentenz immer in einer condemnatio oder in einer absolutio besteht: m. Erörter. z. Linde S. 476. Not. 1. Die Urtheilseigenschaft legt ihnen indeß bei: Savigny: System VI. S. 318 ff.

34) Die narratio (L. 14. §. 1. C. de judic. 3. 1. L. 2. pr. C. de jurej. pr. cal. 2. 59.) als eine solche Darlegung zu betrachten, ist unrichtig: m. Auff. in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. XI. S. 201 ff.

35) L. 11. §. 4. 5. D. de except. rei jud. 44. 2. L. 21. §. 3. D. eod. L. 42. D. de lib. causa 40. 12.

dem Standpunkte der Aequipollentien von Prämissen für die Gewißheit der Aneignung [36]. Dasselbe mußte aber auch im Falle der Hinzufügung einer causa stattfinden, wenn die Stellung des Beklagten als possessor desselben Gegenstandes, den der Kläger sich aneignete, constituirt war; was indeß nur bei der Eigenthumsklage stattfinden konnte [37]. Denn in diesem Falle konnte die causa nicht in die Grundlage der Klage hinübergehen, sondern ihre Hinzufügung nur eine Beschränkung des Streitstoffes bewirken [38]. Ging aber die causa in die Grundlage der Klage hinüber, so mußte der Streit auch die Verwirklichung des Rechtsgegenstandes als solchen in sich begreifen; und die Klage konnte als eine in jus concepta actio zur Herstellung der Wirksamkeit eines Rechtsverhältnisses nur bestehen, wenn die Klageberechtigung zum Aequivalent des Rechtsverhältnisses constituirt wurde [39]; mochte dasselbe nun durch die Litiscontestation consumirt werden, wie im judicium legitimum, oder außerhalb des Rechtsstreites stehen bleiben [40]. Die veritas inter partes, welche hier die Sentenz hervorrief, konnte im Falle des judicium legitimum in Beziehung auf das Rechtsverhältniß gar nicht existiren; beim judicium quod imperio continebatur war sie aber nur ein mittelbares Product des Zustandes der Verhaftung oder der Absolution, welche der Rechtsstreit verwirklicht hatte. Die Verwirklichung des Zustandes der Verhaftung bildete hier die Herstellung der Wirksamkeit des Rechtsverhältnisses [41]. In der Vindication wurde aber unmittelbar durch die declaratio das jus hergestellt, mochte sie nun implicite durch die condemnatio oder durch

36) Oben §. 17.

37) M. Erörter. z. Linde S. 5 ff.

38) Von diesem Gesichtspunkte aus konnte es denn auch eine vindicatio cum adjecta causa geben, was indeß bestritten wird von Puchta: Rhein. Mus. Jgg. II. S. 255 ff. 267. Jgg. III. S. 476 — 487. Vgl. m. Identität S. 237 ff. Not. 22.

39) Oben §. 25. nach Not. 10; §. 27. Not. 7. Actio in judicium deducta: const. un. §. 1. C. Th. de act. certo temp. fin. 4. 14. L. 1. §. 1. C. de annali exc. 7. 40.

40) Oben §. 4. Not. 15 ff.

41) Oben §. 27. Not. 22. a. E.

einen besondern Ausspruch erfolgen[42]; und wenn hier ebenfalls die veritas inter partes nur durch eine exceptio geltend gemacht werden konnte, so war die Ursache davon die, daß nur der Gegenstand des Rechts streitig, das Recht selber aber nur ungewiß geworden war[43]). Wäre das Recht, und nicht der Gegenstand in den Zustand der Bestrittenheit getreten, so hätte die res judicata nur das Recht des Klägers zur Gewißheit gebracht, und der Beklagte hätte sich im Falle der Verurtheilung nie auf res judicata berufen können. Es stand ihm aber auch in diesem Falle, sowohl aus dem Urtheil in der dinglichen[44]), als aus dem Urtheile in der persönlichen Klage, die exceptio rei judicatae zu.

§. 29.

Die Bestrittenheit, als ein prozessualischer Zustand, welcher der Gewißheit die Rechtskraft verlieh, ergriff hier also den gewissen Gegenstand; obwohl die Gewißheit, welche aus ihm hervorging, die veritas inter partes, auf das in bloße Ungewißheit gestellte Recht wirkte, eine Ungewißheit, die den Umstand betraf, ob das Recht dem Kläger zustehe[45]). Wurde aber der Besitz in die Grundlage der Klage hineingezogen, wurde die dingliche Klage rei petitio[46]), so war ein Rechtsgegenstand noch überall nicht vorhanden, also auch kein bestrittener. Es war noch ungewiß, ob es sich überall um ein Recht handelte, und nur die Behauptungen der Partheien als solche, nämlich als Streitstoff, waren gewiß, und konnten als ein Gegenstand angesehen werden, der in den prozessualischen Zustand der Bestrittenheit versetzt war; eine Bestrittenheit, die sich in eine Bestrittenheit der Gewißheit des Inhalts der Behauptungen auflösen mußte, aus welcher eben sowie bei der persönlichen Klage, eine Bestrittenheit

42) Oben §. 27. Not. 33.

43) Oben §. 27. nach Not. 20.

44) M. Identität S. 182. 183. Not. 2. a.

45) Denn der Streit betraf ein identisches Recht: m. Erörter. z. Linde S. 6 ff. Vgl. oben §. 25. nach Not. 10.

46) M. Auff. in Roßhirt's Zeitschr. f. Civil- u. Crim. R. IV. S. 75 ff.

der Klageberechtigung[47]) entsprang. Der Besitz mußte hier die Bedeutung eines factum contraventionis annehmen[48]), eine Bedeutung, die mit der rechtlichen Ausschließlichkeit der civilis possessio unvereinbar ist, und nur mit einer bloßen thatsächlichen Ausschließlichkeit desselben bestehen kann[49]), vermöge dessen der Besitz sich als eine Ausübung des Eigenthums darstellt, d. h. nicht als ein Innehaben des Eigenthums selber, sondern als ein durch das Innehaben eines Stoffes (nicht Gegenstandes) für seine Ausübung vermitteltes Innehaben seiner Ausflüsse. Da es sich hier nicht um einen bloßen Vorzug einer rechtlichen Ausschließlichkeit, sondern um ein Recht handelt, so fällt die Bestrittenheit des Gegenstandes selber[50]) hier hinweg. Die Fortdauer des Gesammtzustandes der Verkehrsgenossenschaft vermittelt die Dispositionsfähigkeit der Partheien über dieses Recht auch unabhängig von seiner Zuständigkeit, und dadurch wird dessen Bestrittenheit, die des[51]) Rechts an dem Gegenstande, an die Stelle der Bestrittenheit des letztern gesetzt, die die Bestrittenheit der Klageberechtigung, deren Grundlage sie bildet, als eine bloß mittelbare erscheinen läßt, während bei der persönlichen Klage, der Streit das Recht gar nicht aufzunehmen vermag, sondern nur die Gewißheit[52]) seiner Substanz. **Daher tritt denn bei der dinglichen Klage an die Stelle eines Substantiirens der Klageberechtigung und beziehungsweise ihrer causa, ein Substantiiren des dinglichen Rechts selber, welches hier den Klagegrund bildet**[53]). Dieser Gesichtspunkt paßt denn auch für den heutigen Prozeß. Denn die Aufstellung einer Substanz des Rechts zum Zwecke der Be=

47) Oben §. 28. Not. 42.

48) Oben §. 25. Not. 11.

49) Oben §. 26. Not. 5.

50) Oben §. 27. Not. 23. 24.

51) Oben §. 26. Not. 8. Das praejudicium (oben §. 26. Not. 9.) wird nun Hauptpunkt (Cit. der angef. Not. 9) die Eigenthumsklage rei petitio und petitorium judicium (m. Auff. in Roßhirts Zeitschr. f. Civ. u. Crim. R. IV. S. 72 ff.) und ihr Umfang erweitert sich (ebendas. S. 81 ff.).

52) Oben §. 28. Not. 41.

53) Oben §. 25. a. E.

gründung ist eine bloße Behauptung, die diese Substanz an sich, welche längst untergegangen ist, überall nicht afficiren kann. Man wird indeß geneigt sein, auch bei der persönlichen Klage die Obligation selber, aber nicht das Klagrecht, als im Zustande der Bestrittenheit anzusehen [54]). Die Streitigkeit der Gewißheit der Substanz aber fällt, als Streitigkeit einer bloßen Gewißheit, mit der Ungewißheit zusammen. Die Verwandlung der Ungewißheit in Gewißheit wird im Prozesse ihrem letzten Grunde nach durch das Ausgeschlossensein des Streitens vermittelt [55]). Dieses Ausgeschlossensein, dessen es zur Herstellung der veritas inter partes selbst in Beziehung auf die Benutzung von Substanzen und die Verwirklichung von Zuständen bedarf, ist ein Zustand, oder ein jus inter partes; eine Eigenschaft, die in Beziehung auf die Wirkung des Ablaufes einer peremtorischen Frist gesetzlich festgestellt ist [56]). Dieses jus muß demnach auch durch das gültige Vorschreiben einer peremptorischen Frist, welches die Voraussetzungen eines Ausschlusses feststellt, begründet werden. Da indeß vor dem Ablaufe der Frist aus Gründen ihr Anfangspunkt noch hinausgeschoben [57]) oder sie verlängert werden kann, sofern sie nicht ein Fatale ist, so tritt, vom Fatale abgesehen, in Ansehung der Kalenderzeit [58]), dieses jus erst mit dem Ablaufe der Frist in's Dasein, und zwar nicht bloß dann, wenn zur Benutzung der Frist überall keine Thätigkeit aufgewendet worden, sondern auch dann, wenn die aufgewendete Thätigkeit durch einen prozeßleitenden Bescheid als mangelhaft verworfen worden, während der Lauf der Frist es unzulässig gemacht hat, eine andere Thätigkeit an deren Stelle zu setzen [59]) Prozeßleitende Bescheide dieser Art stehen

54) Darauf scheint es hinzudeuten, wenn man die Unzulässigkeit der Klagencession während des Rechtsstreites als unpassend betrachtet.

55) Vgl. oben §. 12. nach Not. 12.

56) R. Dep. A. v. 1600. §. 85.

57) M. Erörter. z. Linde S. 498.

58) Denn die Länge der Frist an sich muß, wenn ihre Bestimmung einmal gültig ist, als unabänderlich angesehen werden und die Abänderung, welche eine Parthei aus Verhinderungsgründen (ebendas. S. 505 ff.) noch erlangen kann, ist nur eine Verlegung der Frist in eine andere Kalenderzeit. Prorogationes prorogrationum sollen nicht ertheilt werden: J. R. A. §. 103.

59) Wird z. B. ein Zeuge als inhabil verworfen, ehe die Beweisan-

also einem Richterspruche über das Dasein eines Zustandes in der Wirkung jus zu machen gleich. Der Zustand, welcher sich durch den Prozeß und beziehungsweise durch prozeßleitende Bescheide von solcher Kraft entwickelt, ist, gleich dem durch Prämissen verwirklichten Zustande, ein Zustand der Gewißheit. Sofern er den Ausschluß von Substanzen bewirkt, ist er der Gewißheit solcher Substanzen, deren rechtliche Wirkung die rechtliche Wirkung der ausgeschlossenen Substanzen zu vernichten vermögten; und sofern er den Ausschluß von Beweishandlungen betrifft, der Beweisvernichtung und beziehungsweise der Bewiesenheit, aequipollent. Jede veritas inter partes, welche durch den Prozeß ent=

---

tretungsfrist verstrichen ist, so macht die Verwerfung in Ansehung dieser verworfenen Prozeßhandlung, nemlich der Benutzung des Zeugen in der Art wie sie geschehen, jus inter partes, auch wenn der Gegner überall nicht über diese Handlung gehört worden. Denn seine allgemeine prozessualische Opposition (oben §. 2. 3.) macht in dieser Beziehung ein besonderes Gehör überflüssig. Eine veritas inter partes in Ansehung der Eigenschaften des Zeugen setzt indeß voraus, daß über ihre Gründe beiderseitiges Gehör der Partheien stattgefunden (m. Erörter. z. Linde S. 481 ff.); und zwar über jeden Thatumstand, der sich zu einem solchen Grunde eignet, sofern er von dieser veritas ergriffen werden soll. Der Zeuge an sich kann also in Ermangelung dieses Gehörs noch gar nicht verworfen sein, so lange nicht eine Frist verstrichen ist, welche das Darbringen solcher Gründe ausschließt (oben Not. 55). Vor dem Ablaufe der Beweisantretungsfrist kann also dieser Zeuge noch immer wieder vorgeschlagen werden, so lange nicht in Ansehung eines ausreichenden Grundes seiner Inhabilität veritas inter partes hergestellt ist; und sofern ein Bescheid diese veritas herstellt, ist er Decision. Der Ablauf der Beweisfrist schließt dieses Darbringen an sich nicht aus, wohl aber eine weitere Beweisantretungshandlung; und bewirkt also eine Präclusion mit dem Zeugen, die jenes Darbringen irrelevant macht, und einer Verwerfung desselben aequipollent ist. So lange nicht der Ablauf der Frist ein wiederholtes Darbringen ausschließt, kann man von einer Rechtskraft der Verwerfung des frühern Darbringens, aber noch nicht von einer Rechtskraft des Ausschlusses ihres Stoffes reden. Erfolgt die Verwerfung der Benutzung vor dem Ablaufe der Frist, ohne daß während des Laufes derselben eine andere Benutzung unternommen wird, so ist diese als durch den Lauf der Frist unzulässig geworden so lange anzusehen, als nicht eine Restitution gegen den Ablauf erlangt worden ist; und der Anfangspunkt dieser Unzulässigkeit ist dann die Zeit der Eröffnung des verwerfenden Bescheides.

steht, gründet sich demnach auf ein durch den Prozeß in Ansehung seines Streitstoffes begründetes jus. Betrachtet man dieses jus indeß nicht als einen Zustand, sondern als ein Rechtsverhältniß, welches den Zustand zum Gegenstande hat, so treten auch die Handlungen und Unterlassungen im Prozesse in das Gebiet der Substanzen ein, und der Richterspruch, welcher den Zustand anerkennt, verwirklicht ihn nicht erst, sondern declarirt nur sein Dasein und macht veritas inter partes, wiewohl immer nur für diesen Prozeß. Von diesem Standpunkte aus gründet sich das jus wiederum auf eine veritas inter partes; wenn sie auch nur implicite durch das jus verwirklicht ist, so daß dieses sich als ein Aequipollens der veritas darstellt[60]. Hält man aber die Bedeutung jenes Richterspruches als Verwirklichung eines Zustandes fest, so beschränkt sich diese veritas auf das Dasein dieser Substanzen, also auf die Gewißheit derselben; die dann die Eigenschaft der Substanzen eines Rechts ablegen, und zu Aequipollentien von Prämissen für die Gewißheit der mit dem Zustande verbundenen prozessualischen Befugniß[61] sich gestalten.

§. 30.

Es stellt sich aus der vorhergehenden Ausführung das Resultut heraus, daß alles dasjenige, welches erst im Prozesse als ein Zustand, der jus inter partes macht[62], auf den Grund ei-

60) So wenn der Fristenlauf eine Benutzung unzulässig macht: oben Not. 59. Ob der Richter die Absicht gehabt habe über jene Substanzen zu entscheiden, ist hier gleich, und wenn beiden Theilen Gehör gestattet worden (in welchem Falle diese Absicht des Richters gefordert wird von Planck: d. Lehre v. Beweisurtheil S. 168), so versteht sich diese Absicht von selber, d. h. sie ist juridisch gegeben, weil der Richter ohne sie die prozeßleitende Verfügung gar nicht erlassen konnte, wenn diese einer solchen Entscheidung bedurfte, und letzteres ist immer der Fall, wenn diese Substanzen zu ihrer Grundlage gehörten, wie das bei verwerfenden Bescheiden in Ansehung der Substanzen der Mängel immer eintritt. Streitigkeit zwischen Richter und Parthei (welche Planck a. a. O. zur Rechtskraft genügend erklärt), kann in Ansehung ihrer nicht stattfinden. Vgl. Arch. d. Crim. R. Jgg. 1849. S. 163.

61) Oben §. 25. a. E.

62) Oben §. 26. Not. 1.

ner Befugniß[63]), seine Verwirklichung mittelst der richterlichen Gewerung[64]) empfängt, keines Substantiirens und im Falle eines Beweiserkenntnisses keines speciellen Beweissatzes bedarf[65]), und daß das Darbringen eines begründenden Stoffes dafür nur Prämissen der Gewißheit oder Aequipollentien derselben[66]) und ein Stück der Beweisantretung enthält[67]). Insoweit ein Richterspruch diese Verwirklichung unmittelbar und ohne Vermittelung eines objectiven Zustandes der Gewißheit, oder einer veritas eines außerprozessualischen Rechtsverhältnisses, herstellt, ist er ein Urtheil und beziehungsweise ein Zwischenurtheil. Insofern ein Prozeß nur zu einer solchen unmittelbaren subjectiven Verwirklichung unter den Partheien, wenn auch zugleich zu einer subjectiven veritas, führt, kann er durch die Benennung des Urtheilsprozesses von demjenigen unterschieden werden, der in seinem Endresultate eine veritas inter partes herstellt, welche wiederum objectives jus zu erzeugen geeignet ist, und sich dadurch als ein das streitige Recht selber, und nicht bloß die subjective Befugniß zu streiten, ergreifender Entscheidungsprozeß charakterisirt[68]). Der Entscheidungsprozeß in diesem Sinne setzt demnach voraus, daß das Recht selber in der That in den Zustand der prozessualischen Bestrittenheit getreten ist[69]). Denn wenn auch sein Product die veritas, oder die Gewißheit eines Rechts ist, so kann sie doch nur auf einer solchen Grundlage beruhen, welche im Falle des Mangels des Rechts dieses selber zu erzeugen geeignet

---

63) Oben §. 18.

64) Oben §. 13. Not. 4 ff.

65) Oben §. 21. 22.

66) Oben §. 17 a. Anf. §. 29 a. E.

67) Oben §. 21. 25.

68) Dessen Eigenschaft dem römischen Contumacialprozesse abging: m. Erörter. z. Linde S. 487. 488. Not. 32; auch wenn das Resultat nicht bloßer Prozeßverlust in Folge eines eremodicium, sondern ein Urtheil nach der Sachlage war: m. Auff. in Sell's Jahrb. II. §. 8 ff. L. VI. §. 1. D. de inoff. test. 5. 2. L. 14. §. 1. D. de app. 49. 1.

69) Namentlich kein Mangel der legitimatio ad causam vorhanden ist. Vgl. oben §. 27. Not. 16. §. 29; m. Erörter. z. Linde S. 327 ff. S. 336 ff. S. 87 ff.

sein würde[70]), und immer nur[71]) in dem Umfange bestehen, in Ansehung dessen jene Geeignetheit besteht; und diese Grundlage ist jener Zustand der Bestrittenheit. — Indem sie das Recht selber ergreift, wird das Resultat des Entscheidungsprozesses auch für Personen wirksam, die überall nicht Theilnehmer des Streitverhältnisses, der lis, sondern nur des Prozeßverhältnisses, des judicium[72]), selbst ohne eigne Thätigkeit im Rechtsstreite[73]), geworden sind. Er ist derjenige, in welchem letzteres sich auch außerhalb des blos prozessualischen Gebietes des Streitverhältnisses von diesem durch den weitern Umfang seiner Wirksamkeit unterscheidet[74]). Während das Prozeßverhältniß im Urtheilsprozesse nur einen Zustand des Prozesses erzeugt, und der Zustand des Rechtsverhältnisses, der aus dem Endurtheile hervorgeht, unmittelbar nur Product des Streitverhältnisses, der Obligation zum eventuellen judicatum facere[75]), und ein prozessualischer Zustand des Klagerechts[76]) oder der subjectiven Befugniß zu streiten, ist; erzeugt es im Entscheidungsprozesse unmittelbar einen prozessualischen Zustand des Rechtsverhältnisses selber. Bloßer Urtheilsprozeß muß überall stattfinden, wo der Rechtsstreit nur durch die Schöpfung eines Aequivalents eines Gegenstandes die Wirksamkeit eines Rechtsverhältnisses vermitteln kann, wie bei persönlichen Klagen[77]), und im Falle eines Mangels der legitimatio ad causam[78]). Eine veritas inter partes ferner kann nur gegründet sein auf die Aneignung der Wirksamkeit eines Rechtsverhältnisses, nicht aber auch auf die ihr

70) Oben §. 27 nach Not. 15.

71) Also nicht in einem weitern, möglicherweise aber in einem engern Umfange, so daß das jus weiter wirkt, als die veritas, insofern es in der Verwirklichung eines Rechtszustandes eines Subjekts besteht: m. Identität S. 402 ff.

72) Die Intervenienten und diejenigen, welche ihnen gleich stehen: m. Erörter. z. Linde S. 295 ff. S. 494 ff.

73) Ebendas. S. 299; m. Identität §. 8. S. 193—197.

74) M. Erörter. z. Linde S. 84 ff.

75) Gaj. J. III. 180.

76) Oben §. 28. Not. 41.

77) Oben §. 27.

78) Oben §. 28 u. das. angef.

gegenüberstehende Aneignung der Unwirksamkeit desselben [79]). Denn der Erfolg dieser letztern Aneignung kann, bei ihrer dem Rechtsverhältnisse widerstrebenden Richtung, immer nur die Verwirklichung eines Zustandes, nie aber die Herstellung der Wirksamkeit eines Rechtsverhältnisses sein; und nur in Ansehung der Wirksamkeit eines Rechtsverhältnisses oder der mit ihr zusammenfallenden Aneignung derselben oder ihres Mangels, nicht aber in Ansehung der Aneignung dieses Mangels oder der Unwirksamkeit oder ihrer Folgen, ist eine veritas inter partes möglich, weil diese Aneignung an sich kein Rechtsverhältniß in Frage stellt. Denn sie besteht nicht in dem Läugnen des Rechtsverhältnisses oder seiner Grundlage, sondern in der positiven Opposition, die durch die Litiscontestation und den Gebrauch von Einreden vermittelt wird [80]). Es kann ihr aber eine Aneignung der Wirksamkeit eines Rechtsverhältnisses zum Grunde liegen, und dann in Ansehung des Rechtsverhältnisses, auf welches sie sich bezieht, eine veritas inter partes entstehen. Dieser Fall tritt ein, wenn in der Aneignung der Wirksamkeit des Rechtsverhältnisses, welche der Aneignung seiner Unwirksamkeit gegenübersteht, zugleich eine Aneignung der Unwirksamkeit eines Rechtsverhältnisses liegt, dessen Wirksamkeit der andere Theil, also bei Einreden der Beklagte, sich aneignet; und dies ist der Fall, wenn dem klagbaren Anspruche ein klagbarer Anspruch opponirt wird. Stellt sich dem confessorischen Anspruche ein negatorischer [81]), einer Forderung eine Gegenforderung gegenüber [82]), so ist auch die Entscheidung über die Einrede beziehungsweise die Gegeneinrede oder Replik, sofern sie erfolgt [83]), jene veritas zu constituiren geeignet, und es bedarf, wenn man annimmt, daß eine solche Ent=

79) Oben §. 5 nach Not. 5; §. 6. Not. 1.

80) Oben §. 2. 3. 4.

81) Oben §. 11. Not. 10. §. 27. Not. 28. Bei der Contravindication wird, in Folge der Einheit des Rechts in der Vindication (oben §. 29. Not. 1.), die Opposition Mittel der Negation: oben §. 3.

82) L. 8. §. 2. D. de negot. gest. 3. 5. L. 7, §. 1. D. de compens. 16. 2. L. 1. §. 4. D. de contr. tut. act. 27. 4. Bei dem Berufen auf unmittelbare Tilgung einer Forderung wird die Opposition Mittel der Negation: oben §. 4.

83) M. Identität S. 224. 225.

scheidung der Zweck der Einrede sei, bei dem Vorbringen der Substantiirung[84]) und im Falle der Anordnung eines Beweisverfahrens einer speciellen Beweisauflage. Die Gestaltung des Streitstoffes ist hier auf beiden Seiten gleich, und nur der prozessualische Zweck verschieden. Jene Gleichheit der Gestaltung des beiderseitigen Streitstoffes kann indeß eine noch weitere Ausdehnung durch die Form der Klagebegründung erlangen.

§. 31.

Fordert man zur Klagebegründung nicht die Aufstellung eines fortdauernden Rechts, oder einer Rechtsfortdauer, sondern nur die Aufstellung einer causa der Entstehung eines Rechts[85]), so wird die Litiscontestation, wenn man ihre Bedeutung als eine rechtsetzende Partheienthätigkeit nicht ganz als beseitigt ansehen will, eine Aneignung der Wirksamkeit einer causa von der einen, und Aneignung ihrer Unwirksamkeit von der andern Seite. Das Recht und seine Wirksamkeit einerseits, und der Mangel desselben und die Unwirksamkeit des Rechts andererseits, fließen hier in eine ungestaltete Masse, als das mögliche noch ungewisse Product des Streitstoffes und beziehungsweise des Streites zusammen. Es entstehen dann so viele Litiscontestationen als es causae gibt, die sich als Unterlitiscontestationen zu der durch sie vermittelten Gesammtlitiscontestation über das eingeklagte Recht, oder das Klagerecht, verhalten[86]), und deren jede ein besonderes Prozeßverhältniß bildet[87]). Der Klagegrund hat dann schon von Anfang an keinen weitern Umfang, als die Voraussetzung der zur Verwirklichung eines Zustandes unternommenen Klagenstellung. Er wird auf das Maaß der Begründung einer bloßen Befugniß zurückgeführt[88]), so daß erst dann, wenn die Wirksamkeit der causae

84) Vgl. indeß oben §. 2. Not. 1. §. 14. Not. 1.

85) Oben §. 15.

86) Auf irgend eine Weise muß die L. C. auch noch jetzt producirt werden, da ihre Wirkungen eintreten, und zwar jedenfalls sofern sie die Condemnation beziehungsweise die Absolution betreffen. Mit welcher Handlung sie begründet wird, bleibt einstweilen gleichgültig.

87) Also auch über jede einzelne Einrede: m. Erörter. z. Linde S. 434. Not. 19.

88) Oben §. 11. 18.

zur Feststellung gelangt, der Unterschied, ob die einander gegenüberstehenden causae die Herstellung der Wirksamkeit oder die Verwirklichung ihrer Erzeugnisse bewirken oder ausschließen, und der Unterschied zwischen Herstellung der Wirksamkeit eines Rechts und der Verwirklichung eines Zustandes erkennbar wird, nämlich in einer Lage, in der er einen Einfluß auf die Gestaltung des Streitstoffes nicht weiter zu üben vermag. Oppositionen, die das Dasein des Rechts in Frage stellen, treten dann in die Reihe der selbstständigen Gegenstände der Entscheidung, in die der Einreden, ein; wie die der Simulation, des Irrthums, des Zwanges, des Betruges, und gestalten sich zu Hinderungs- und Wiederaufhebungsgründen, die bereits vor dem Prozesse als Mängel der Entstehung des Rechts zur Verwirklichung gelangt sind [89]. Sie stellen sich in der Reihenfolge der Oppositionen gegen die Klage vor diejenigen, welche als Untergangsgründe des mangelfrei entstandenen Rechts diesem gegenüber Prämissen eines directen Gegenbeweises bilden würden, wie die Grundlage der Contravindication, sofern sie auf einem spätern Erwerbe beruht, als der des Klägers ist, und die Tilgung [90]. Sie verlangen dann, was auch von den letztern gilt, vermöge ihrer Gleichartigkeit mit der Klage, dem Principe nach eine Substantiirung [91] und ein specielles Beweisthema, wiewohl bei ihnen die Durchführung des Principes an ihrer Beschaffenheit scheitert [92]; und da, wo eine generelle Beweisauflage das erste Verfahren in die Beweisantretung hinüberdrängt, nämlich im Sächsischen Verfahren, sich Substanzen und Prämissen wiederum mit einander vermischen [93]. Diese Auffassung, welche im heutigen Verfahren herrschend geworden ist, führt dann dahin, daß diese Momente, obgleich der Richterspruch

---

89) Oben §. 12. bei Not. 7. 8.

90) Oben §. 3. 4.

91) Oben §. 30. Not. 83.

92) Nicht allein bei Simulation, Irrthum und Betrug, d. h. Betrogensein, sondern auch beim Zwange, d. h. Gezwungensein, ist eine Unterscheidung der Substanz von Prämissen unmöglich.

93) Eine Vermischung, die der J. R. A. vielleicht nicht abwenden wollte. Vgl. oben §. 2. Not. 1. §. 14. Not. 1. Er kennt wohl eine Substanz der Exceptionsschrift (§. 49), aber nicht der einzelnen Exception.

über sie[94]) nur jus inter partes machen kann[95]), dennoch als solche prozessualisch behandelt werden, in Ansehung welcher auch eine veritas inter partes mit der Wirkung hergestellt werden könnte, einen prozessualischen Zustand eines Rechtsverhältnisses zu erzeugen. Das Substrat für diesen Zustand, das Rechtsverhältniß, ist indeß hier gänzlich aus dem Streitstoffe der Partheien entfernt, gleich als ob seine Schöpfung erst vom Richter zu erwarten wäre. Das Gebiet von unbestimmtem Inhalte, welches hinter der causa liegt, in welchem möglicherweise sowohl Wirksamkeit eines Rechtsverhältnisses als Verwirklichung eines Zustandes versteckt sind, eignet sich seiner Gestaltung nach dazu, als das Gebiet der Verwirklichung betrachtet zu werden. Die Einseitigkeit des Gesammt-Prozeßverhältnisses aber drängt so lange, bis eine Verwickelung eintritt, die die Festhaltung der Consequenzen des ersten Gesichtspunkts unmöglich macht[96]), dazu, diesen Gesichtspunkt festzuhalten. Die Oppositionen der Mängel der causae des Klagerechts oder der Eigenschaften der Substanzen, die prägnanten Negationen[97]), führen zu solcher Verwickelung, da ihr Platz nicht hinter, sondern vor der Existenz der causa liegt, und können daher ihre Bedeutung als Mittel der Verwirklichung und beziehungsweise der Verhinderung der Verwirklichung von Zuständen bewahren[98]). Indeß wird ihnen keineswegs immer, in der Praxis vielleicht nur ausnahmsweise, die dieser Bedeutung entsprechende Behandlung zu Theil[99]). Einestheils wird schon bei dieser Auffassung der Klagebegründung einer solchen Opposition die Wirkung entzogen, die Klage auf eine andere Form zurückzuführen[100]). Denn da es von Anfange an sich nur um die Wirksamkeit einer causa des Klagerechts handelt, so

94) Anders in den Fällen, die oben §. 30. Not. 80. 81. genannt sind.

95) Oben §. 26. Not. 1.

96) Vgl. oben §. 23.

97) Oben §. 10. Not. 1.

98) Oben §. 22 a. Anf. mit §. 12 ff.

99) Die Abweichungen in der Bestimmung des Gebietes der eigentlichen Einreden und des s. g. indirecten Gegenbeweises zeigen dies. Vgl. Albrecht: d. Except. §. 36 ff; Knappe: Versuch einer Entwickel. d. Begriffs d. Except. §. 38 ff.

100) Oben §. 10 nach Not. 4.

ist von Anfange an, auch wenn die rechtliche Eigenschaft der causa festgestellt worden, nur die Form der römischen in factum concepta actio gegeben, die die Aufstellung eines juridischen Factum erfordert, welches die Aufstellung einer causa in sich schließt [101]. Anderntheils aber hält die heutige prozessualische Behandlung nicht einmal die Feststellung einer causa in der Klagebegründung für nothwendig, sondern begnügt sich mit der Aufstellung einer Substanz [102], die dann aber bei dem Mangel der Feststellung der causa noch überall nicht als Substanz qualificirt, und demnach auch nur eine eventuelle zukünftige Substanz ist. Es ist nur ein Stoff zum Formiren einer in factum concepta actio gegeben, und insofern das Bestreiten der Gewißheit desselben zu einer Litiscontestation führt [103], wird sie eine Aneignung der Wirksamkeit einer Substanz von der einen, und die Aneignung ihrer Unwirksamkeit von der andern Seite. Jene Aneignung muß aber unmittelbar auch die Gewißheit der Substanz erfassen, da eine Substanz ohne sie nicht wirksam sein kann. Sollte diese Aneignung wieder eine Grundlage haben, so würde sie nur in den Beweisgründen bestehen können, zu welchen denn auch die Prämissen der Gewißheit gehören würden, deren Darlegung sonach auch zur Begründung der Klage erforderlich würde. Damit würde wiederum die Gränze zwischen der Substanz und den Prämissen, eben so wie bei der Verwirklichung von Zuständen aufgehoben sein; wenn nicht die Aneignung der Wirksamkeit der Substanz als Mittel für die Aneignung der Wirksamkeit einer causa, und mittelbar wiederum als Mittel für die Aneignung der Wirksamkeit eines Rechts, zu betrachten wäre. Das setzt voraus, daß in der Klage, wenn auch nur in dem Gesuche, wenigstens ein Gegenstand des Angeeignetseins aufgestellt ist. Sofern dies geschehen, ist dann, wenn die Geeignetheit der aufgestellten Thatsachen als Substanzen festgestellt ist, die Möglichkeit

---

101) M. Auff. in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. XI. S. 175 ff. §. 3 a. Anf.; Erörter. z. Linde S. 157. Not. 4. u. das. Cit. S. 403. Not. 18; oben §. 21. Not. 4.

102) Wiewohl ohne quellenmäßigen Grund: Zeitschr. f. Civilr. und Proz. a. a. O. §. 9.

103) Seit dem J. R. A. gibt es keine L.C. mehr, nach Albrecht

gegeben, eine bestimmte causa, oder doch eine bestimmte Gattung von causae, als diejenige festgestellt anzusehen, auf welche die Litiscontestation mittelbar gerichtet ist, weil die Beschaffenheit des Gegenstandes, z. B. Körper, Nutzen eines fremden Körpers, Handlung eines Obligirten, immer eine gewisse rechtliche Art des Angeeignetseins bestimmt. Handelt es sich aber um die Verwirklichung eines Zustandes, so steht an der Stelle eines solchen Gegenstandes sein Zweck, nemlich die Verwirklichung in seinen Folgen, welche Folgen indeß, z. B. Schutz für einen Besitz, ein Aequivalent für einen entzogenen Nutzen eines Stoffes, sowohl verschiedenen Zuständen als auch Rechtsverhältnissen in gleicher Beschaffenheit entspringen können[104]); und das Festgestelltsein der Geeignetheit der zur Begründung dieser Folgen aufgestellten Thatsachen macht an sich überall noch jenen Schluß auf eine gewisse Art der causa nicht möglich, um so mehr nicht, als dabei kein Anhalt für eine Unterscheidung zwischen Substanz und Prämissen gegeben ist. Fehlt es also an einer ausdrücklichen Feststellung der causa, beziehungsweise der Beschaffenheit des Zustandes, so vermittelt zwar eine specielle Beweisauflage im ersteren Falle deren Feststellung[105]), aber keineswegs auch im letzteren. Wird nun einerseits deßhalb jene Feststellung in der Klage im letztern Falle um so dringender[106]), so bleiben auch überhaupt, ehe sie erfolgt, causa, beziehungsweise Zustand, und Recht nur hypothetisch. Welche und wie viele causae Gegenstände einer Litiscontestation geworden sind, das kann bis dahin nur ermittelt werden durch einen Schluß, dessen Resultat keine weitere Bedeutung hat, als daß sein Urheber sich durch dasselbe leiten läßt. So lange sie noch hypothetisch sind, gibt es noch keine prozessualische Gestaltung oder rechtliche Ent=

---

a. a. O. §. 34. u. Anb. Ihre Wirkungen treten mit der Mittheilung der Klage ein, nach Kierulff: Civilr. S. 280—284; Savigny: Syst. VI. S. 237 ff.

104) Oben §. 6. 11. Not. 10. §. 27. Not. 32. §. 30. Not. 81.

105) Insofern kann man mit Savigny a. a. O. sagen: daß erst der Schluß des ersten Verfahrens der römischen L.C. parallel stehe. Insofern dies sich aber auf die Feststellung des Umfanges des Streits beziehen soll, ist es unrichtig.

106) Oben §. 11.

wickelung des Streitstoffes, sondern nur eine prozessualische Instruction hinsichtlich seiner. Directe Bestrittenheit ist in dieser Lage nur in Ansehung der Gewißheit der Substanzen und der Prämissen denkbar. Eine bestrittene Gewißheit ist aber eine bloße Ungewißheit, die ihre prozessualische Beseitigung nicht durch ein positives Resultat des Streites, sondern nur durch den Ausschluß von Mitteln der Vergewisserung erlangt [107]). Die Entwickelung eines Streitstoffes erheischt aber das Erzielen eines positiven Resultats, und dafür wird die Verhandlung über Substanzen und Prämissen erst wirksam durch eine Feststellung des Causalnexus derselben in Ansehung einer rechtlichen Wirkung, die, wenn sie in eigentlicher Weise geschehen, und nicht bloß durch wörtliche Benennung von causa und Recht in einem Aequipollens erledigt werden soll, durch Anordnung und Ausdruck der Darstellung der Substanzen und Prämissen ausgeführt werden muß [108]). Ohne Beziehung auf eine bestimmte, nämlich für beide Partheien sowohl als für den Richter gleichmäßig feststehende causa ist sie objectiv unmöglich; während die Angabe einer bestimmten causa, zu deren Begründung eine Darstellung dienen soll, die subjective Unmöglichkeit [109]) jener eigentlichen Entwickelung gleichgültig macht, indem dann die Darstellung ein Aequipollens dieser Entwickelung in Ermangelung derselben wird, sofern es dem Richter gelingt die Ansicht zu fassen, daß jener Causalnexus bestehe.

§. 32.

Obgleich es für die Verbindlichkeit des Resultats des Prozesses gleichgültig wird, ob dasselbe als ein organisches Erzeugniß der gestaltenden Thätigkeit sämmtlicher Prozeßsubjecte, oder vom Richter gleichsam nur hinzugesetzt erscheint, so ist doch der Charakter der Verletzung, welche einer Parthei durch dasselbe zugefügt wird, ein verschiedener, je nachdem die eine oder die andere Auffassung zum Grunde gelegt wird. Die rechtliche Entwickelung des Streitstoffes durch jene gestaltende Gesammtthätigkeit bildet das

---

107) Oben §. 29. Not. 49. 50.
108) Vgl. oben §. 11.
109) Oben §. 21. Not. 4.

Wesen einer dem römischen judicium, oder dem Prozeßverhältnisse angehörigen Thätigkeit [110]; wenn auch diese Bedeutung für alle Fälle nur dadurch gesichert werden kann, daß man sich mit einem Aequipollens dieser Thätigkeit begnügt. Sie fällt aus der Partheienthätigkeit bei der vorhin geschilderten Behandlungsweise des heutigen gemeinrechtlichen Verfahrens selbst der Idee nach heraus, wenn sie auch in der Sächsischen Beweisantretung mit ihr sich verbinden kann [111]. Denn von dieser abgesehen kommen die Partheien vor dem Dasein eines rechtskräftigen Beweisinterlocutes nie in ein so gestaltetes judicium hinein [112], sondern es steht nur in unbestimmter Gestaltung neben ihnen. In der Beweisführung aber sind sie, sofern sie überall hineingekommen sind, bereits wieder heraus [113]. Jene rechtliche Entwickelung fällt aber auch nicht in diejenige richterliche Thätigkeit hinein, welche den Streitstoff gestaltet, sondern bleibt in seiner beurtheilenden Vorbereitung für dieselbe, oder in seinen Entscheidungsgründen [114] hängen. Der declarirende Richterspruch hat jetzt nicht in einer durch Partheienautonomie [115] gestatleten Zustande des Streitstoffes seinen Ursprung, sondern unmittelbar in der richterlichen Thätigkeit, die nur ihre Grundlage wiederum in dem auf den Grund der Partheienautonomie verwirklichten Zustande des Prozesses findet. Die innere unmittelbare Grundlage für eine objective veritas inter partes geht damit ganz verloren. Die durch diese Behandlungsweise hergestellte Grundlage der Rechtskraft ist keine andere als diejenige, welche die Rechtskraft des Contuma=

---

110) Eben so, wie von einer actio in judicium deducta (oben §. 28. Not. 39.), wird auch allgemein von einer res in judicium deducta geredet; z. B. L. un. C. de lit. cont. 3. 9. Es versteht sich indeß, daß zwischen dem in judicium deducere der actio und des Streitstoffes diejenige Verschiedenheit bleibt, welche die Natur dieser Elemente mit sich bringt.

111) Die Verarbeitung des Streitstoffes zu Beweisartikeln (oben §. 21 nach Not. 11.) kann zu einer solchen Entwickelung durch die Partheien sich gestalten, wird aber bedeutungslos insofern, als bereits eine andere Grundlage für die richterliche Beurtheilung festgestellt ist.

112) Denn hier ist nur Instruction.

113) Denn hier ist nur Vergewisserung der Substanz.

114) Bisweilen in einem status causae et controversiae.

115) Oben §. 27.

cialurtheils und die Gewißheit der Substanz trägt, nämlich die Präluſion des Streitens 116). Nur die Form der veritatis declaratio wird dadurch vermittelt, daß in Ansehung der Behandlung der Substanz und der Beweisauflage die Voraussetzungen des Entscheidungsprozesses hergestellt werden. Sofern also im heutigen Prozesse eine Appellation gestattet ist, geht sie nicht dahin, es zu vermitteln, eine bestehende veritas inter partes in ihrem Inhalte verändert zu erlangen, sondern vielmehr dahin zu verhindern, daß ein Zustand der Gewißheit zur (definitiven) Verwirklichung gelange, und zur Herstellung einer veritas inter partes führe. Das Dasein einer rechtlichen Gestaltung der veritas inter partes, die res judicata, liegt daher erst in dem Zeitpunkte der absoluten Unabänderlichkeit für jede Instanz, und erst diese bezeichnet man als res judicata, oder Rechtskraft 117). Ehe sie gegeben, dient jedes Rechtsmittel nur dazu, die richterliche Einwirkung auf das Erzeugniß des Streites in eine andere Richtung zu bringen, oder die Bedeutung, die dem Streitstoffe in Beziehung auf eine causa durch einen Richterspruch beigelegt ist 118), zu beseitigen. Sein unmittelbarer Gegenstand ist nur der Zustand des Prozesses, oder das jus inter partes, wodurch die Unterscheidung zwischen verschiedenen Arten der Appellation sich verwischt. Erst die Nichtigkeitsbeschwerde und die Restitution gegen eine Sentenz gestalten sich zu Mitteln, der vorhandenen veritas inter partes den Zustand der Gewißheit zu entziehen. Indem die Wirkung der Appellation die unmittelbare Richtung auf die Erzeugung einer veränderten oder neuen Entscheidung über das Recht 119) verliert, wird sie Verhinderung der Entstehung einer Entscheidung der Art, wie sie durch den Inhalt eines Urtheils vorbereitet ist. Ihr unmittelbares Ziel ist Beseitigung des durch sein urtheilsmäßiges Dasein vom Richter der untern Instanz (einstweilen) verwirklichten Zustandes des Prozesses, auf den Grund der Ungerechtigkeit des durch ihn vor=

---

116) Oben §. 12. nach Not. 12. §. 29. Not. 55.

117) M. Erörter. z. Linde. S. 477.

118) Oben §. 22.

119) Die sie im römischen Prozesse wohl immer hatte, da sie ja der

bereiteten Inhalts der künftigen Entscheidung, also Beseitigung jenes Zustandes in so weit als er auf eine ungerechte Beurtheilung des Richters gegründet ist. Ihr mittelbares Ziel ist ganz oder theilweise identisch mit dem Zwecke des ganzen Prozesses, den die appellirende Parthei verfolgt. Sie ist dem Effecte nach eine Remotion des frühern Richters in Ansehung des Punktes, den diese Parthei als einen ungerecht beurtheilten hervorhebt, welche eine präjudicielle Revision eines höhern Richters herbeiführt. Von diesem Standpunkte wird man, versteht sich ohne zu behaupten, daß er dem quellenmäßigen Prozeßrechte entspreche, ausgehen müssen, um es zu erklären, daß die heutige Praxis sich gegen das Devolviren der ganzen Sache an die höhere Instanz [120]), und folgeweise auch gegen das beneficium novorum [121]) und die reformatio in pejus stemmt [122]). Es erklärt sich daraus ferner, daß man die Wirkung der res judicata über die streitenden Personen hinaus als Anomalie behandelte [123]), daß der Unterschied der Wirksamkeit der Contumacialurtheile von der Wirksamkeit derjenigen, die auf vollständige Verhandlungen ergangen, sich verwischte [124]), und wie man dazu kommen konnte, mit der Restitution und dem Richterspruche über die Richtigkeit zugleich eine Abänderung der angefochtenen Entscheidung zu verbinden. Bei der Restitution scheint die Rescission, und zwar in einigen

---

res judicata nachfolgte. Die Appellation war sonach eine Klage: L. 29. D. de judic. 5. 1. „Qui appellat prior, agit"; Worte, die man indeß auf eine in jus vocatio beziehen will. Vgl. v. Linde: Zeitschr. für Civilr. u. Proz. XV. S. 346.

120) Die Idee einer solchen Devolution liegt wohl ohne Zweifel der bekannten Vorschrift Justinians in L. 39. pr. C. de appell. 7. 62, über die Reformation zu Gunsten des Appellaten, oder richtiger über die Unabhängigkeit des Appellationsrichters von dem Dasein der res judicata, zum Grunde. Während im frühern Rechte die Appellation sich als eine neue Klage darstellt, durch welche nur der Appellant eine andere Entscheidung erwirken kann, weil nur er geklagt hat, erscheint sie nach Justinians Auffassung als eine Erneuerung der alten Klage.

121) Vgl. v. Linde: Lehrb. d. Civ. Proz. §. 405. Not. 13.

122) Ebendas. §. 392, und dort genannte Schriften.

123) Nachweisungen in m. Identität. S. 189. Not. 11. 12.

124) M. Erörter. z. Linde S. 487. 488.

Fällen auf den Grund einer Nichtigkeit der Entwickelung des Streitstoffes [125]), nur den Zustand der Rechtskraft im heutigen Sinne, nämlich die Unabänderlichkeit, welche die Präclusion hervorgerufen hat [126]), nicht das Urtheil an sich [127]) zu ergreifen; und wenn bei der Nichtigkeitsbeschwerde auch das Urtheil selber [128]) sich als nichtig darstellt, so ergreift damit die Nichtigkeit doch das Verfahren insofern nicht, als es als eine bloße Instruction und nicht als eine eigentliche Streitstoffentwickelung behandelt wird [129]). Nach dieser Auffassung, deren Annahme für den Zweck dieser Erörterung sich dadurch rechtfertigt, daß sie allein der hergebrachten Behandlungsweise einen Sinn abzugewinnen vermag, bewirken diese außerordentlichen Rechtsmittel nur eine Wiederaufnahme und beziehungsweise eine Erneuerung des frühern Verfah=

---

125) In den Fällen der Restitution gegen Sentenzen, welchen nicht Minderjährigkeit oder nova zum Grunde liegen, finden sich, abgesehen von Contumacialurtheilen, Verletzungen partheilicher Befugnisse in Ansehung des Verfahrens, welche Mängel in der Entwickelung des Streitstoffes bewirkt haben, so daß die Gültigkeit des Urtheils nur in der Präclusion sich gründet. Im Sinne des römischen Prozesses würde man hier sagen müssen: das judicium sei nichtig, die lis und das Urtheil, die condemnatio oder absolutio, aber rescissibel. Am deutlichsten tritt dies in Fällen hervor, die gewöhnlich ganz übergangen werden, wie bei der Condemnation contra rem judicatam (L. pr. D. de sent. quae sine app. 49. 8.; m. Erörter. z. Linde S. 88. Not. 84.), und wo gegen die Condemnation eine doli acceptio gegeben wird L. 9. D. de doli mali et metus exc. 44. 4. L. 23. §. 3. D de cond. indeb. 12. 6.).

126) Die denn jetzt der Entwickelung des judicium (oben Not. 110. 125.) parallel steht: oben Not. 116.

127) Nach römischer Auffassung ergreift aber die Rescission eben das Urtheil (oben Not. 125.). Diese Auffassung paßt aber nicht zum heutigen Rechtsmittel der Restitution, bei dem der Inhalt des Urtheils geändert wird.

128) Sententia nulla, sagt nach der J. R. A. §. 121. Hier ist denn die Präclusion oder die Grundlage der Rechtskraft, ohne Fundament, und nicht bloß ein Mangel ihres gegebenen Fundaments vorhanden. Consequenterweise ist dann freilich auch die Präclusion nicht vorhanden, so daß es keiner Nichtigkeitsbeschwerde bedarf. Das positive Gesetz hat es aber unmöglich gemacht, die von ihm anerkannte Nichtigkeit der Natur einer Nichtigkeit gemäß zu behandeln: m. Erörter. z. Linde S. 97. 98. Not. 32.

129) Daß nach der Auffassung des J. R. A. §. 122. indeß das Ver=

rens zum Zwecke der Erlangung eines **andern** Urtheils[130]. Diese Gestaltungen des Verfahrens sind indeß theils nicht klar in der Doctrin ausgesprochen, theils schwankend, theils ihres Widerspruches mit ausdrücklichen Quellenzeugnissen halber bestritten.

Allein man muß entweder alle annehmen oder alle verwerfen oder doch als Abnormitäten betrachten. Entscheidet man sich aber für das letztere, so darf man auch der Litiscontestation ihre quellenmäßige Bedeutung, und dem Verfahren den Haltpunkt, den es in einer durch sie vermittelten Feststellung der causa erlangt, nicht rauben, wenn nicht der ganze Prozeßorganismus in Verwirrung gerathen soll. Entscheidet man sich aber für das erstere, so kann man auch keinen Gebrauch von den gemeinrechtlichen Quellen mehr machen, der ihnen die Bedeutung der Rechtsquellen bewahrt. Die Abweichungen, welche das heutige Verfahren dem Prozeßrechte der Quellen gegenüber darbietet, sind indeß keineswegs Folge einer veränderten Rechtsanschauung, die das Verfahren umgestaltet hätte, sondern einer thatsächlichen Behandlungsweise, die von der Beschaffenheit ist, daß sie mehr Streitstoff zu erzeugen pflegt, als ihr dargeboten worden. Während diese Behandlungsweise da Bestimmtheit fordert, wo sie zu Verwirrungen führen kann, vernachläßigt sie die Bestimmtheit da, wo sie der quellenmäßigen Auffassung zufolge gefordert werden muß und zur Feststellung einer Gestaltung dient, welche eine den ganzen Streit ordnende Norm gewährt. Eine Behandlungsweise, welche dieser quellenmäßigen Auffassung entspricht, ist indeß damit keineswegs unzuläßig geworden. Es wird auch keine seltene Erscheinung sein, daß, nachdem man jene, die quellenmäßigen Grundsätze mißachtende Behandlungsweise angewendet hat, plötzlich zur Anwendung eines quellenmäßigen Grundsatzes in demselben Prozesse sich wen-

---

fahren selber nichtig ist, leidet keinen Zweifel. Allein diese Auffassung schwindet, wenn man, was in der Praxis allerdings vorkommt, in der Entscheidung über die Nichtigkeitsbeschwerde reformirt, und auf einer Nichtigkeit eine Appellation zu gründen gestattet. Vgl. **Gönner**: Handb. III. 61. §. 12. S. 329; und and. Cit. b. **Schmid**: Handb. d. Civilproz. III. S. 413. Not. 6.

130) Oben Not. 127. 122. Sie nehmen den Charakter einer römischen Appellation an. Vgl. oben Not. 120.

det. Auf der andern Seite läßt man sich zuweilen bei dieser Behandlungsweise zu Auffassungen führen, zu denen in ihr nicht einmal eine Nothwendigkeit liegt, indem man den Gebrauch eines beweisverhindernden Stoffes als eine Opposition von Substanzen behandelt[131]. Nur dann kann man zu dieser Behandlung kommen, wenn man die Ungewißheit der Substanz mit der Bestrittenheit eines Rechts in Parallele stellt, und die Mittel der Vergewisserung der Substanz und ihrer Verhinderung folgeweise als Substanzen und den Richterspruch über den Zustand der Gewißheit als eine veritatis declaratio über sein Dasein auffaßt[132]. Denn dann kömmt man dahin, daß der Richter auch den Stoff, den die prozessualischen Handlungen und Unterlassungen selber[133] der Vertheidigung einer Parthei darbieten, nur in Folge einer in specieller Beziehung auf sie gegebenen Aeußerung des Willens ihrer Benutzung berücksichtigen darf, und eine in der Partheienstellung an sich begründete prozessualische Opposition[134] ist dann gar nicht mehr vorhanden.

VI.

Die neuesten Gesetzgebungsarbeiten über Gerichtsverfassung im Zusammenhang mit den Bestimmungen über das Verfahren nach den neuesten Gesetzentwürfen über Gerichtsverfassung in den Niederlanden, in Belgien, in Piemont, in Preußen, Baiern, Oldenburg; geprüft

von

Mittermaier.

Immer mehr macht sich bei allen Umgestaltungen der Gesetzgebung in dem Verfahren, wenn den Klagen über das bestehende

131) Oben §. 2. Not. 2 ff.
132) Oben §. 29 a. E.
133) Ebendas.
134) Oben §. 2.